

# EFETIVIDADE DA DEFESA E OS REMÉDIOS PROCESSUAIS OFERTADOS AO SUJEITO PASSIVO NA EXECUÇÃO FORÇADA

OLAVO DE OLIVEIRA NETO\*

## RESUMO

O processo civil, a partir de 1973, sofreu a influência de dois grandes movimentos, que foram a reforma ideológica e a constitucionalização do processo civil, dando ensejo a uma nova forma de pensar os institutos processuais, gerando uma revisitação. Percebe-se, então, que os embargos do devedor são insuficientes para atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo necessários outros meios para seu atendimento. Daí o estudo das várias formas de defesa do executado em face da execução, com a finalidade de obter a efetividade do processo.

Palavras-chave: Execução. Efetividade. Defesa. Executado.

---

\* Mestre e Doutor pela PUCSP. Pós-Doutorado na Università Degli Studi di Milano. Professor do programa de Doutorado, mestrado, especialização e graduação da ITE-Bauru. Professor de direito processual civil da Escola da Magistratura do Paraná e em inúmeros cursos de especialização. Prêmio “Professor Nota 10” de 1998. Vice-presidente do Centro de estudos de Direito Civil e Processual Civil – CECIPRO. Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

## INTRODUÇÃO

### 1. A DEFESA DO EXECUTADO DO CPC DE 1939 AO CPC DE 1973

Sob a égide da Constituição de 10 de novembro de 1937, segundo ensina **Moacir Lobo da Costa**,<sup>1</sup> floresceu o quinto período do processo civil brasileiro, que teve como marco inicial a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939, ocasião em que se implantaram substanciais modificações no que toca ao processo de execução.

Seguindo doutrina já ultrapassada em países que inicialmente a adotaram,<sup>2</sup> o Estatuto de 1939 distinguia duas formas de ação de execução: a ação executiva e a ação executória de sentença. Nas palavras de **José da Silva Pacheco**: *“As ações de execução, pois, podem ser: ações executivas e ações executórias de sentenças. As ações executivas podem ser as especificadas pelo Código e as determinadas por leis especiais; umas e outras podem ser ou não baseadas em título de dívida líquida e certa. Tudo depende da lei.”*<sup>3</sup>

A ação executiva tinha por escopo efetivar a prestação de uma obrigação não determinada por sentença judicial, isto é, promover a execução de título extrajudicial, embora houvessem hipóteses em que o autor podia utilizar-se da ação sem possuir título.<sup>4</sup> Estava prevista no Art. 298 do Código de 1939, que assim dispunha: *“Art. 298. Além das previstas em lei, serão processadas na forma executiva as ações:”*.

1 LOBO DA COSTA, Moacir. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT, 1970.

2 LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 83. Essa a lição do grande mestre peninsular: “... encontramos, assim, no direito vigente (brasileiro), incorporados a um ordenamento jurídico que segue os princípios da mais moderna técnica judiciária, institutos já muito desaparecidos das leis dos países em que nasceram e se formaram em séculos longínquos”.

3 PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções - Ações executivas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. p. 72.

4 CARVALHO SANTOS, J. M. *Código de Processo Civil Interpretado*. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. IV, p. 187. Essa é a lição do autor: *“Ação executiva, a que se inicia pela penhora. Tal como se fosse uma execução de sentença. Daí sua denominação. Costuma-se dizer que pressupõe a existência de um título, que, pela sua liquidez e certeza, equivalha a uma sentença para o fim de justificar o seu início pelo ato característico da execução, ou seja, a penhora. Mas em rigor e em verdade, não é bem assim. Há casos em que a lei autoriza a ação executiva, sem que o autor tenha título líquido e certo, equivalente a uma sentença. Outras vezes, mesmo, como no caso de cobrança de alugueres, quando não há contrato de locação, senão verbal, nem, ao menos, título algum existe. Em regra, não há dúvida, a ação executiva pressupõe a existência de um título, que deve ser uma prova preconstituída de obrigação líquida e certa. Como exceção, porém, há casos em que, por motivos de ordem política, administrativa e econômica, a lei empresta ao título uma força executiva, que ele absolutamente não tem.”*

A rigor, em que pesem as posições contrárias<sup>5</sup>, não se tratava de ação de execução verdadeira, mas sim de um misto entre o processo de execução e o de conhecimento, com a finalidade de abreviar, ao máximo, o tempo necessário à satisfação do credor, tendo em vista hipóteses especiais previstas em lei.

Nesse passo, embora iniciando-se com a citação para que o réu (esta era a terminologia do Código) efetuassem o pagamento em 24 horas, sob pena de penhora (Art. 299), efetivada esta, tinha aquele o prazo de 10 (dez) dias para contestar a ação, que prosseguia observado o rito ordinário (Art. 301), com saneamento do feito, instrução e julgamento da causa. Transitada em julgado a decisão proferida, reiniciavam-se os atos executivos, com a avaliação e arrematação dos bens penhorados. Não havendo contestação, também seguia a ação o rito ordinário, com a necessidade de julgamento da causa antes dos atos executivos propriamente ditos<sup>6</sup>.

Já a ação executória destinava-se a efetivar condenação imposta em sentença, tendo um rito mais abreviado. De acordo com o Art. 918 do Código de 1939, o devedor era citado para pagar ou nomear bens à penhora, no prazo de 24 horas, sob pena de serem penhorados os bens encontrados. Embora houvesse a possibilidade de interposição de embargos do devedor (Art. 995), este era considerado mero incidente processual, não tendo a natureza de ação, a não ser em casos especiais.<sup>7</sup>

Em resumo, como se vê, a execução contra o devedor solvente procedia-se de duas maneiras específicas, conforme a natureza do título. Tratando-se de sentença promovida-se a ação executória, com a defesa efetivada mediante a utilização de embargos. Tratando-se de uma das hipóteses previstas em lei, como no caso dos títulos extrajudiciais, promovia-se a ação executiva, com a defesa efetivada mediante contestação.

A tal respeito, aliás, ensinava com meridiana clareza **Orlando de Souza** que *“Efetivamente, embora muito se assemelhem, pois que ambas têm a mesma finalidade de promover a execução, uma de títulos com força de confissão judicial, e outra de sen-*

5 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. v. III, Tomo 1º, p. 18. Essa a posição do autor: *“Nas ações executivas do art. 298, os dois elementos, o executivo e o condenatório, enchem o processo, de modo que a ação não deixa de ser (ou já é) executiva, embora tenha de desenvolver o processo de cognição.”*

6 AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1941. 2º v., p. 96. Essa a lição ministrada: *“Não contestada a ação, deve seguir-se a avaliação e arrematação, entretanto a lei exige o rito ordinário sempre. Proferida, pois, a sentença que julga a penhora, em audiência de instrução e julgamento, e passando em julgado, é que se segue a avaliação e arrematação como nas execuções de sentença.”*

7 SOUZA, Orlando de. *Execuções de sentença*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966. p. 209. Assim esclarece o autor: *“Quer provocados pelo executado, quer por terceiros, inúmeros incidentes podem surgir no curso da execução de sentença. Os mais importantes deles são os embargos. Surgem incidentalmente como meio natural de defesa do executado e, em certos casos, constituem verdadeira ação de oposição...”*

*tença proferida numa ação, não se confundem, pelo nosso direito, as duas entidades: a execução de sentença somente pode ter como base uma sentença prolatada numa ação de condenação, enquanto que a ação executiva tem seu fundamento num título de dívida líquida, título executivo, extra-judicial. A execução normalmente se processa nos autos da ação que lhe deu origem, ao passo que a ação executiva tem processo próprio, tanto que, no sistema do Código, se intercala nos processos especiais.”<sup>8</sup>*

Disto não destoa a posição de **Liebman**, para quem “*deve-se, pois, distinguir nitidamente título executivo de título executório, ação executiva de ação executória. Ambas estas ações se destinam a promover a execução; o que as distingue é o grau de dependência da situação real de direito material, isto é, da efetiva existência do crédito. Na ação executiva, esta dependência é ainda muito grande: a sua procedência está condicionada à verificação - que se faz, quando necessário, no próprio processo executivo - da existência do crédito; na ação executória, a dependência é muito menor e meramente indireta, porque a eficácia executória da sentença permite consumir a execução sem necessidade de justificar sua causa; e ao devedor é dada apenas a possibilidade de extinguir com os embargos aquela eficácia.*”<sup>9</sup>

Essa sistemática, em linhas gerais e singelas, regia o processo de execução de dívida pecuniária sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, tendo perdurado até a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, em 1º de janeiro de 1974, ocasião em que se promoveram novas alterações substanciais no sistema da execução forçada.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, em seu item 21, o então Ministro da Justiça e elaborador do ante-projeto do estatuto **Alfredo Buzaid** fez constar que “*Dentre as inovações constantes do Livro II, duas merecem especial relevo. A primeira respeitante à unidade do processo de execução; a segunda, à criação do instituto da insolvência civil.*”<sup>10</sup>

A insolvência civil, como se sabe, nunca foi um instituto de larga utilização no direito brasileiro e, atualmente, embora sem a existência de dados estatísticos exatos a tal respeito, não é arriscado dizer que caiu em desuso.

Já a unificação das vias executivas foi efetivada para atender aos reclamos da doutrina da época que, como acima se viu, tinha por certa a necessidade de dotar o processo brasileiro de um perfil mais moderno e eficaz, visando a eliminação de formalidades que pareciam ser a causa da sua morosidade.

8 Op. cit., p. 20.

9 LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 54-55.

10 BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Anexo introdutório à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Ao invés da existência de tipos diversos de ações para promover a execução de títulos de natureza diversa, optou-se por criar uma execução única, fosse o título judicial ou extrajudicial; com a defesa realizada unicamente mediante a ação incidente dos embargos do devedor. Eliminava-se, assim, a defesa mediante incidente processual ou mediante contestação, ambas realizadas no bojo da própria execução.

Houve, aqui, uma nítida opção por eleger apenas um meio de defesa, independentemente da matéria a ser nele veiculado. O executado teria que garantir o juízo mediante a penhora ou depósito de bens, para só então atacar o título executivo, seja no aspecto de conteúdo, seja no aspecto da forma, ou a própria execução.

A tal respeito alerta **Araken de Assis** que “... consoante a diretriz legislativa de cada país, variam os meios de veicular matéria tão heterogênea. Em geral, estima-se de boa técnica separar, formalmente, a oposição aos atos executivos a oposição de fundo. Apesar da crítica de Liebman, segundo a qual a doutrina peninsular não distinguia com nitidez as duas espécies, nem avaliara corretamente a finalidade única de ambos os remédios, na Itália se separou a ‘opposizione agli atti esecutivi’ (art. 617) da ‘opposizione all’esecuzione’ (art. 615) ... Entre nós, a análise do art. 741, quer na versão originária, quer na versão atual, revela que os embargos aglutinam ambas funções, comportando a alegação de questões de processo (v.g., a cumulação indevida de execuções ou a ilegitimidade de partes) e de exceções substanciais nascidas após o surgimento da pretensão de executar (v.g., o pagamento).<sup>11</sup>

Em resumo, pois, a única forma possível para o executado efetivar sua defesa, segundo a diretriz do CPC de 1973, deveria ser mediante a interposição de embargos, após a segurança do juízo.

## 2. REFORMA IDEOLÓGICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Embora o CPC de 1973 tenha incorporado em seu corpo estruturas bastante atuais para a época em que veio a lume, desde o início do século passado já se esboçava e desenvolvia um movimento, nos quadrantes do processo civil, que visava alterar a maneira de se pensar o processo. Ancorados nos ideais do acesso à Justiça, instrumentalidade de efetividade do processo, processualistas proclamavam a necessidade de repensar os institutos com o fito de adequá-los a uma nova realidade.

11 ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 297-298.

Nesse sentido afirma **Bedaque** que “*A partir do momento em que se aceita a natureza instrumental do direito processual, torna-se imprescindível rever seus institutos fundamentais, a fim de adequá-los a esta nova visão. Isso porque toda a construção científica se deu na denominada fase autonomista, em que, devido à necessidade de afirmação da independência do direito processual, se valorizou demasiadamente a técnica. Passou-se a conceber o instrumento pelo próprio instrumento, sem a necessária preocupação com os seus objetivos, que, obviamente, lhe são externos. Em nenhum momento pode o processualista esquecer que as questões internas do processo devem ser solucionadas de modo a favorecer os resultados pretendidos, que são exteriores a ele.*”<sup>12</sup>

Ao movimento da doutrina no sentido de atualizar o conteúdo dos institutos, que pode ser considerado como uma verdadeira reforma ideológica do processo civil, deu-se a denominação de *revisitação do direito processual civil*. Na esmerita lição de João Batista Lopes: “*Por influência da doutrina italiana, os processualistas brasileiros passaram a utilizar o termo revisitação para designar postura mais moderna orientada no sentido de rever os institutos fundamentais do Direito Processual Civil. Essa tentativa de atualização (aggiornamento) se faz presente na doutrina mais autorizada, que, reconhecendo embora a importância da contribuição de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, procura avançar em busca de um modelo de processo mais moderno, ajustado aos anseios e reclamos da sociedade. Para alcançar o fim colimado, sentiram os autores a necessidade de revisar os institutos processuais no sentido de lhes dar nova visão e configuração em harmonia com as exigências da vida moderna. Assim, os institutos da jurisdição, ação e processo, além dos princípios do acesso à justiça, do contraditório, da igualdade das partes, do dispositivo, etc., foram, submetidos a rigorosa revisão ou reformulação a que se convencionou chamar de revisitação.*”<sup>13</sup>

Assim como aconteceu com todos os segmentos do processo civil, também a estrutura e a técnica do processo de execução passaram a ser revisitados, com a finalidade de que fosse dada aos seus institutos um perfil mais adequado com essa nova ideologia.

Entretanto, outro movimento de enorme magnitude acabou a atingir o processo e exigir uma nova postura em face de seus institutos: a denominada constitucionalização do processo civil, claramente operada com a Constituição de 1988.

Em 1215 é publicada a Carta Magna da Inglaterra, que surgiu com a finalidade de limitar o poder absoluto do rei em face de determinados direitos reconhecidos aos barões.

12 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 13.

13 LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 14-15.

Procurava-se, então, a criação de um sistema onde houvesse uma proteção aos direitos de determinada classe social, objetivando evitar os abusos ilimitados que existiam a época.

Após a consolidação do ideal de que o poder do rei, concebido como o próprio Estado, já não era absoluto e ilimitado, a declaração de direitos da Virgínia, em 1776, seguida da Revolução Francesa, de 1789, passaram a proteger os direitos dos indivíduos, sempre sob os auspícios dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Percebeu-se, todavia, que para que houvesse uma efetiva proteção a tais ideais não bastava que eles constassem de declarações ou leis esparsas, sendo necessário consignar na lei mais importante de um País, a sua Constituição, normas que viessem a proteger aquilo que se havia conquistado, com o fito de tornar permanentes a proteção aos direitos do homem. Essa operação teve início com a Constituição do México, de 1917; logo seguida na Alemanha pela Constituição de Weimar, de 1919.

Foi após a segunda grande guerra, entretanto, com a declaração universal dos direitos do homem da ONU, em 1948, que este movimento se ampliou e consolidou por diversos países; ganhando vulto entre nós com o advento da Constituição de 1988, que ao positivar os direitos humanos os converteu, na ordem jurídica interna, nos diversos direitos fundamentais. Direitos fundamentais de primeira dimensão, também chamados de civis, individuais ou políticos, que relativos à liberdade impõe uma abstenção ao Estado; direitos fundamentais de segunda geração, também chamados sociais, econômicos e culturais, que dizem respeito à igualdade e exigem uma atuação do Estado visando superar as carência individuais e sociais; e, os direitos fundamentais de terceira geração, relativos à fraternidade, que têm o escopo de propiciar o desenvolvimento da humanidade.<sup>14</sup>

Com a inclusão dessas categorias de direitos em nossa ordem constitucional, a Constituição de 1988, se comparada com as anteriores, acabou por importar para seu interior normas das diversas disciplinas jurídicas, inclusive aquelas atinentes ao direito processual civil (v.g., ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais); fazendo com que toda a legislação infraconstitucional deva ser analisada sob a ótica daquilo que se encontra disciplinado na lei de maior hierarquia.

É por conta de tal sistemática que **Paulo Medina** afirma que *“É que se faz, hoje, impossível compreender o processo em sua exata dimensão fora da perspectiva constitucional. ... Compreende-se, pois, que um dos movimentos mais importantes que atualmente se verificam nos quadrantes do Direito Público seja o da ‘constitucionalização do processo’, que a teoria geral, como disciplina dedicada ao estudo dos funda-*

14 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

*mentos do direito processual e, por via de consequência, das novas tendências que o dominam, não pode ficar alheia.”<sup>15</sup>*

Destarte, pois, sob esses novos prismas, relativos a reforma ideológica do processo civil e da constitucionalização de normas atinentes ao processo é que os doutrinadores passaram a reconstruir o direito processual civil, o que deu ensejo a inúmeras reformas legislativas até hoje experimentadas.

### 3. A INSUFICIÊNCIA DOS EMBARGOS COMO ÚNICA FORMA DE DEFESA NA EXECUÇÃO

Se o processo civil passava (e passa) por um momento de revisão dos seus institutos básicos, como acima se viu, cabia perquirir se a defesa no processo de execução, que pelo perfil do Código de 1973 se limitava apenas aos embargos, atenderia aos parâmetros constitucionais da ampla defesa e do contraditório, para o que tornou-se imprescindível observar os limites da cognição realizada em tal remédio processual.

Cognição, que é a maneira pela qual o juiz conhece o conteúdo de um processo, existe em todas as suas modalidades, como bem afirma **Kazuo Watanabe** ao ensinar que *“Inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição: até mesmo na ação de execução por título judicial, o juiz ‘é seguidamente chamado a proferir juízos de valor’, como anota Cândido Dinamarco.”*<sup>16</sup> Não é possível, pois, a existência de processo sem atividade de cognição.

Ocorre, porém, que nem sempre é permitido ao juiz analisar todo o conteúdo da relação jurídica de direito material controvertida, uma vez que esta pode sofrer limitações em inúmeros aspectos. Tratam-se dos limites da cognição impostos ao órgão jurisdicional que, diga-se de passagem, já era percebida por processualistas clássicos, como **Carnelutti**<sup>17</sup> e **Chiovenda**<sup>18</sup>.

15 MEDINA, Paulo Roberto Gouveia. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P.07

16 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999. p. 28.

17 CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJE, 1952. v. II, p. 27. *“Unas veces el proceso se utiliza para componer enteramente la litis, resolviendo todas sus cuestiones; otras veces se pide al juez que resuelva sólo algunas de ellas. Prescindo de ejemplos, ya que los he aducido abundantemente en mis Lezioni; agrego, en cambio, aun a peligro de abusar, que también el médico más de una vez combate separadamente las causas del mal. Comprobado este simples fenómeno, he creído oportuno distinguir con los nombres diferentes los dos tipos de proceso que corresponden a esas dos hipótesis, y he hablado de proceso integral y de proceso parcial.”*

18 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 218. *“Diz-se ordinária, ou seja, plena e completa, a cognição do juiz, quando tem por objeto o exame a fundo de todas as razões das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções*



Assim sendo, no plano horizontal, ou quanto a sua amplitude, a cognição pode ser plena ou parcial. Aqui se trata do segmento da relação jurídica de direito material que pode ser conhecida pelo juiz. Se ele pode conhecer totalmente o conflito, então a cognição é plena. Mas, ao contrário, se pode conhecer apenas parte do conflito, então a cognição é parcial. Já no plano vertical, ou quanto a intensidade, o juiz pode conhecer de três modos diversos o conteúdo do feito. Pode exercer cognição exauriente, cognição sumária ou cognição superficial.

No caso dos antigos embargos à execução fundado em título judicial (e também da atual impugnação ao cumprimento da sentença), o Art. 741 delimitava a matéria que podia ser objeto do feito de modo taxativo. Se o embargante alegava matéria não contida no preceito, por força da regra insculpida no Art. 739, II, do CPC, deveria o juiz indeferir de plano a inicial, já que lhe era vedado conhecer de outros fundamentos. Mas, no que toca a forma pela qual examinava as questões dos embargos, devia o magistrado realizar cognição exauriente, conhecendo a fundo todas as questões suscitadas.

Nos embargos à execução fundada em título extrajudicial, cuja sistemática ainda vige, o Art. 745 autoriza que o juiz conheça de qualquer matéria que possa ser objeto de processo de conhecimento, o que faz com que a cognição aparentemente seja plena. Aparentemente porque, como se sabe, existem as limitações decorrentes do direito material, como acontece no caso dos títulos cambialiformes, onde a lei indica hipóteses onde não é possível conhecer o conteúdo do título.

Destarte, os embargos podiam ser classificados, antes da entrada em vigor da Lei nº 11.232/05, que regulamentou o cumprimento da sentença, sob a ótica da cognição exercida, em duas espécies: 1) embargos de cognição parcial e exauriente à execução fundada em título judicial, à arrematação e a adjudicação; e, 2) embargos de cognição total e exauriente à execução fundada em título extrajudicial.

Fica fácil perceber, portanto, que os embargos não podiam ser a única via de acesso para que o executado pudesse se defender na execução, sob pena da infringência do princípio da ampla defesa, tornando-se necessário completar a plêiade de vias que podem ser utilizadas para a manifestações de suas pretensões. Foi por isso que surgiram, por criação da doutrina, outros meios de defesa do executado, como o incidente de pré-executividade e as chamadas ações autônomas de impugnação.

Essa a conclusão, alias, de **Dinamarco** ao asseverar que “*É preciso debelar o mitos dos embargos que leva os juízes a uma atitude de espera, portergando o conheci-*

---

*do réu. Qualifica-se de sumária ou incompleta a cognição do juiz quando o exame das razões das partes ou não é exaustiva ou é parcial.”*

*mento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez, condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.”<sup>19</sup>*

Em resumo, pois, a evolução do processo civil demonstrou que os embargos, como único meio de defesa em face do processo de execução, devido a sua cognição parcial, não é suficiente para atender ao Princípio da Ampla defesa, havendo necessidade de dotar o executado de outras vias aptas a efetivar sua pretensão.

#### 4. MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO

Ao classificar os meios de defesa do executado em face do processo de execução **Sandro Gilbert Martins**<sup>20</sup> aponta três grupos distintos: a) a defesa incidental, que é exercida por meio dos embargos; b) a defesa endoprocessual, que ocorre no bojo do processo de execução e a defesa heterotópica, que é aquela que se realiza por meio de ações autônomas ao processo de execução.

Embora tal classificação também possa ser elaborada do ponto de vista da cognição, para os fins a que se destina este pequeno estudo, onde se procura a apresentação da técnica com escopo pragmático, ela se apresenta como suficiente para indicar as formas de defesa viáveis e postas à disposição do executado, seja no cumprimento da sentença, seja em caso de execução de título extrajudicial, cuja estrutura ainda não foi alterada.

Vejamos, pois, quais são os meios colocados à disposição do executado para efetivar sua defesa.

##### 4.1. EMBARGOS DO DEVEDOR

Em termos léxicos, embargos significa impedimento, estorvo, obstáculo, embaraço ou empecilho. Em outras palavras, significa opor resistência a algo. Por isso, aliás, que o magistrado que tem assento num Tribunal de Justiça deve ser tratado pelo título de desembargador, que quer dizer aquele que desembaraça, o que soluciona as questões intrincadas.

19 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P.451.

20 MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. São Paulo: RT, 2002. p. 80.

Questão que gerou enorme polêmica, embora atualmente pacificada, foi a que dizia respeito à natureza jurídica dos embargos à execução. A idéia inicial era a de que tratava-se de contestação, já que tal remédio nada mais era do que a defesa que o executado oferecia ao processo de execução. Tal posição, porém, na atualidade, encontra sustentação apenas no pensamento de **Haroldo Pabst**, para quem “... *havendo dúvida acerca da real natureza do instituto escolhido pelo legislador, fica ao intérprete a tarefa de definir se os embargos são ação ou não – e, examinando as regras que compõe a estrutura jurídica do instituto e as circunstâncias de ordem social, só se pode concluir que essas regras e essa estrutura se ajustam ao direito de defesa, e não ao direito de agir.*”<sup>21</sup>

Outra posição, atualmente também abandonada, conferia aos embargos à execução a natureza jurídica de reconvenção. Isso porque se reconhecia a natureza jurídica de ação mas, a semelhança do que ocorre no processo de conhecimento, se observava que a atividade do executado era no sentido de contra-atacar o exequente. Assim, afirma **Celso Neves**: “... *Ação que – a semelhança da reconvenção, no âmbito tipicamente jurisdicional do processo –, no plano juris-satisfativo, se volta contra a atividade executória, tendo por pressuposto eventual, portanto, o exercício do direito de ação.*”<sup>22</sup>

A posição majoritária na doutrina nacional, todavia, sustenta que os embargos à execução tem natureza jurídica de ação. Isso porque sua estrutura está em plena consonância com o exercício do direito de ação. É necessária uma petição inicial que preencha os requisitos dos artigos 282, 283 e outros, do Código de Processo Civil; bem como o preenchimento das condições necessárias para a obtenção de uma sentença de mérito, que são a possibilidade jurídica, o interesse de agir e a legitimidade de parte.

Através de tal meio de defesa o que se objetiva é desconstituir a execução ou desconstituir o título executivo, tanto em seu aspecto de conteúdo, quanto em seu aspecto formal. Consequentemente, trata-se de ação constitutiva negativa, que obstará o prosseguimento da execução.

Por tais razões já tivemos a oportunidade de definir os embargos à execução “*como a ação constitutiva negativa incidental que tem por finalidade desconstituir o título executivo ou a execução.*”<sup>23</sup>

Embora a Lei nº 11.232/05 tenha revogado as normas que disciplinavam os embargos à execução fundada em título judicial, substituindo tal forma de execução

21 PABST, Haroldo. *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. São Paulo: RT, 1986. p.137.

22 NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 225.

23 OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros no processo de execução*. São Paulo: RT, 2000.

pelo cumprimento da sentença e a defesa prevista como normal a impugnação ao cumprimento da sentença, os embargos à execução por título extrajudicial, até que seja aprovado o projeto que dá novo perfil a este tipo de execução, continuam a ser a forma natural de defesa em face do processo de execução.

Assim sendo, além dos requisitos acima aduzidos, ainda há necessidade da segurança do juízo, mediante a penhora de tantos bens quantos bastem para garantir o valor do principal e de seus acessórios, sem o que tal forma de defesa não será admissível.

Recebidos os embargos e realizado o juízo de admissibilidade, o procedimento adotado continua a ser o mesmo, isto é, embargado terá o prazo de dez dias para ofertar resposta, devendo o juiz proceder desde logo o julgamento ou, se houver necessidade de instrução probatória, marcar uma audiência onde realizará a instrução e o julgamento do feito.

#### 4.2. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

A Lei nº 11.232/05 criou o instituto do cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia, eliminando a dicotomia existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução. A efetivação do conteúdo da sentença, portanto, não mais está sujeita a processo de execução, havendo atividade complementar ao processo de conhecimento, embora de natureza executiva, independentemente da instauração de uma nova relação jurídica processual.

Assim, assevera o Art. 475-I, que “*O cumprimento da sentença far-se-á conforme os artigos 461 e 461-A ou, tratando-se de obrigação de pagar, por execução, nos termos dos artigos subseqüentes.*”; demonstrando que o cumprimento da sentença nada mais é do que uma forma de tentar repetir, para a obrigação de ressarcimento, a efetividade que as medidas previstas nos artigos 461 e 461-A deram para as obrigações de fazer e não fazer, e para a de dar coisa certa ou incerta, respectivamente.

O meio usual para que o executado efetive sua defesa no cumprimento da sentença é um novo instituto denominado impugnação, previsto nos artigos 475-L e 475-M.

A primeira observação que deve ser feita sobre a nova forma de defesa diz respeito a sua natureza jurídica, que é de incidente processual e não de ação incidente, embora o incidente possa se processar fora dos autos do cumprimento da sentença na hipótese em que não lhe for atribuído o efeito suspensivo do processo (Art. 475-M, § 2º).

Tal natureza fica evidente em face da redação dada ao Art. 475-M, § 3º, segundo o qual “*A decisão da impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, sal-*

*vo quando importar extinção da execução.”* Isso porque este é o recurso usual contra decisões interlocutórias, que é o ato judicial que encerra um incidente processual; à exceção do que acontece quando a decisão do incidente põe termo ao próprio processo. Em situação semelhante, como acontece com o incidente de pré-executividade, perfeitamente aplicável à nova hipótese, se o juiz acolhe o incidente e, conseqüentemente, tranca o andamento da execução, o recurso cabível é a apelação e, se rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento da execução, o recurso cabível é o agravo de instrumento, já que o agravo retido não é eficaz na execução.

O prazo para sua interposição da impugnação, nos termos do Art. 475-J, § 1º, é de quinze dias, já que a tendência que se vislumbra nas reformas é a de procurar unificar prazos dentro do processo. As hipóteses de interposição continuam a ser taxativas e estão previstas no Art 475-L, em grande parte semelhantes as que estavam previstas no Art. 741, do CPC.

O parágrafo único deste artigo, entretanto, trás para o cumprimento da sentença importante requisito, que consiste na necessidade do executado indicar, quando alegar excesso de penhora, qual o valor que entende ser efetivamente devido. Tal providência, que já era prevista para o caso em que o réu, em contestação ofertada em ação de consignação em pagamento, alega que o depósito não é integral (Art. 896, parágrafo único), impede que o executado ofereça impugnação de forma genérica, o que não é permitido em face do princípio do ônus da impugnação específica dos fatos; mas que não é situação incomum no dia a dia forense. Com isso, pois, a indicação do valor que o impugnante entende devido seria condição preparatória para que tal argumento pudesse ser utilizado, permitindo ao juiz, na sua ausência, rejeitar de plano a impugnação ofertada.

No que toca ao procedimento previsto para a impugnação, há um problema grave que deriva da não aprovação do Projeto de Lei nº 4.497/2004, cujo conteúdo trata da nova execução de título extrajudicial. Não há previsão legal para o procedimento que deve ser adotado na impugnação. Isso porque o Art 475-R indica que se aplicam ao cumprimento da sentença, e conseqüentemente à impugnação, de forma subsidiária, as regras que regem a execução do título extrajudicial.

Com isso, pois, não aprovado o projeto, mister se faz aplicar as regras ainda em vigor para suprir as omissões relativas ao processamento da impugnação, com as alterações necessárias para afastar as incompatibilidades existentes. Por isso o prazo para responder à impugnação não pode ser de dez dias, como acontece nos embargos, já que um prazo diferente para impugnar e para responder a impugnação viria a ofender o princípio da dualidade das partes. Daí a necessidade de fixar o prazo de 15 dias para o impugnado responder.

No mais, o procedimento dos atuais embargos não se apresenta incompatível com o cumprimento da sentença, devendo o juiz decidir de plano ou, se houver necessidade de produção de provas, marcar audiência de instrução e julgamento.

Por fim, efetivada a penhora poderá o juiz atribuir a impugnação efeito suspensivo do cumprimento da sentença, nos termos do Art. 475-M, do CPC, “... *desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.*”. Neste caso inverte-se o ônus da prova, cabendo ao executado, para obter o efeito suspensivo, formular o pedido e provar a possibilidade do dano e a sua qualificação.

Se o juiz acolher o pedido formulado pelo executado e conferir efeito suspensivo a impugnação, esta será instruída e decidida nos próprios autos. Caso contrário, como já observado, para não atrapalhar o curso da execução, será decidida em autos apartados. É o que preceitua o § 2º do referido artigo.

#### 4.3. INCIDENTE DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

O incidente de pré-executividade, como já tivemos a oportunidade de salientar, tem por finalidade levar ao juiz conhecimento de matéria que, de plano, pode ser decidida, seja ela relativa a admissibilidade, seja ela relativa ao mérito da execução. Presta-se a alcançar a efetividade no processo de execução, fazendo com que o executado possa, sem sofrer constrição, trancar o andamento da ação executiva, assim como ocorre o trancamento da ação penal por falta de justa causa. É por isso que tal instituto pode ser definido “...*como o incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas, mediante cognição exauriente da matéria nele veiculada, a ser de plano realizada pelo juiz.*”<sup>24</sup>

Tratando-se de incidente processual, podemos afirmar que o executado pode formular seu pedido mediante simples petição, onde deduzirá o direito que afirma ter, sem a necessidade de atenção aos requisitos exigidos numa petição inicial. Não é necessário, portanto, o preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 282, 283 e outros, obrigatórios nos casos em que deve ser proposta ação.

Estará obrigado o executado, porém, a juntar todos os documentos que comprovem de plano seu direito, sob pena do imediato indeferimento do pedido, já que a prova deve ser, assim como no mandado de segurança, pré-constituída. Nesse sentido, aliás, precisa a lição de **Marinoni**, que estudando a tutela urgente de cognição

---

24 Idem, p. 121.

exauriente, praticada no mandado de segurança, afirma: “Costuma-se afirmar que o mandado de segurança exige direito líquido e certo. Não é, contudo, o direito que deve ser líquido e certo. O que se requer, em verdade, é que a afirmação dos fatos se apresentem como indúvidas independentemente de instrução para o estabelecimento de sua certeza. Isto quer dizer que a prova deve ser pré-constituída, ou seja, tão somente documental, devidamente anexada à petição inicial do mandamus. A cognição do magistrado, pois, se dá exatamente no confronto da prova documental com o afirmado na petição inicial. A cognição do magistrado é exauriente.”<sup>25</sup>

Tal exame, porém, não pode ser realizado sem que tenha o exequente oportunidade para se manifestar nos autos. Isso porque estar-se-ia infringindo o princípio do contraditório. Ademais, pode o exequente demonstrar que o direito que, aparentemente, é “líquido e certo”, na verdade é apenas aparente. É o caso, por exemplo, da alegação de quitação do título, com recibo de pagamento, apresentado mediante incidente de pré-executividade. Existe prova pré-constituída e aparente razão para o executado. Mas o que acontecerá se o exequente, instado a se manifestar, alegar falsidade da assinatura constante do título? Certamente o incidente deve ser rejeitado, já que não há possibilidade de dilação probatória, com realização de perícia grafotécnica.

A resposta do incidente, que também será feita na forma de uma simples petição, deve ocorrer, observado os princípios da brevidade e da utilidade dos prazos, em prazo exíguo fixado pelo juiz. Se não existe prazo legal ou convencional, o prazo da resposta passa a ser judicial, isto é, fixado pelo juiz. Cremos, porém, que tal prazo não deverá ultrapassar dez dias, em benefício da celeridade processual, uma vez que o prazo para embargos é de dez dias e para a impugnação de 15 dias, sendo ambos remédios mais amplos do que o incidente.

Com ou sem oferecimento de resposta, que não implica na produção dos efeitos da revelia, já que não se trata de ação, deve o juiz decidir no prazo subsidiário previsto no Art. 189, inciso II, do CPC, que é de dez dias.

Em resumo, portanto, recebida a petição e sendo verossímil a tese formulada, deverá o juiz determinar que o exequente se manifeste, em obediência ao princípio do contraditório, erigido a norma Constitucional. Mesmo no caso da ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação, tem o exequente direito de contraditar o pedido formulado pelo executado na exceção, por aplicação subsidiária dos artigos 326 e 327 do CPC. Em seguida o executado responde no prazo fixado pelo juiz tendo em vista os princípios da brevidade e da utilidade dos prazos processuais, já que o exequente pode ter necessidade de obter documento que não pode ser conse-

25 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992. p. 28.

guido de imediato. Findo o prazo fixado e não havendo pedido de dilação justificado, deverá o juiz acolher ou rejeitar o incidente, no prazo de dez dias, por força do que dispõe o Art. 189, inciso II, do CPC.

O momento final do procedimento acima proposto é a decisão judicial que acolhe ou rejeita o incidente. Aqui duas possibilidades se apresentam para o juiz: a) acolhe o incidente e, conseqüentemente, tranca o andamento da execução; ou, b) rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento da execução. Acolhida a tese constante do incidente, a decisão proferida tem a natureza jurídica de sentença, já que põe termo ao processo de execução, dela cabendo o recurso de apelação.

Na segunda hipótese, por sua vez, a decisão que rejeita o incidente equívale a decisão que resolve questão incidente no processo de conhecimento e, portanto, passível de impugnação mediante agravo. Repita-se, porém, que o agravo aqui deve seguir a modalidade por instrumento, já que o recurso de agravo retido torna-se praticamente ineficaz no processo de execução, já que a sentença que põe termo a tal processo, em regra, é proferida quando satisfeita a obrigação.

Por fim, observa-se que o incidente continua a ter utilidade tanto na execução de título extrajudicial, quanto no cumprimento da sentença, já que pode veicular matéria de ordem pública, que poderá ser alegada em qualquer momento e grau de jurisdição, mesmo após o oferecimento de embargos ou de impugnação, se estas não conheceram e decidiram a questão.

#### 4.4. AÇÕES AUTÔNOMAS

##### 4.4.1. Ação declaratória

Vimos, acima, que o executado, embora tenha como forma usual para defender seus direitos na execução os embargos ou o cumprimento da sentença, também pode lançar mão do incidente de pré-executividade em situações nas quais a cognição exauriente pode ser realizada de plano pelo juiz. Estas três vias, entretanto, não são as únicas formas de defesa em face do processo de execução, já que o executado também pode fazer uso de ação com eficácia declaratória com a finalidade de discutir a obrigação contida no título.

A tal respeito, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, quando ainda não havia se consumado a unificação das vias executivas, observava **Ada**



**Pelegrine Grinover**<sup>26</sup> a natureza declaratória incidental dos embargos ofertados na ação executória, o que também ocorria na fase de conhecimento da ação executiva, embora sem caráter nitidamente incidental.

Tal declaração, que dizia respeito ao conteúdo do título, além de poder ocorrer como parte da eficácia da decisão proferida nos embargos, pode ser obtida, no sistema atual, através de ação declaratória. Nesse sentido a afirmação de **João Batista Lopes** que, indicando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema, sustenta que “*a existência, ou inexistência, de relação cambiária podem ser objeto de ação declaratória, presente o disposto no art. 4º, I, do CPC, em que se alude, genericamente, a relação jurídica.*”.<sup>27</sup>

Já tivemos oportunidade, outrossim, de analisar a relação de conexidade existente a execução e ação declaratória de nulidade de título cambial, ocasião em que dissemos que “*...pode ocorrer, sendo até mesmo comum, que concomitantemente à propositura da execução pelo credor, o devedor ajuíze uma ação objetivando a declaração de nulidade do título, visando a eximir-se da obrigação. Tanto a execução quanto a ação de conhecimento têm origem na mesma relação jurídica de direito material, existindo conexão entre elas. O título é representativo de uma dívida líquida e certa que tem o devedor para com o credor, sendo que sua anulação estará, fatalmente, fundada no mesmo conflito de interesses que alberga a necessidade de execução do título.*”.<sup>28</sup>

Ora, quando o executado propõe ação cautelar de sustação de protesto e, no prazo legal, ação declaratória de inexistência de relação cambial, ambas devem ser apensadas, devido a conexão com a execução proposta e, eventualmente, com seus embargos ou impugnação, podendo o juiz proferir uma única decisão que resolva todos os feitos.

O problema a ser resolvido, porém, diz respeito a identidade ou não de conteúdo entre a ação declaratória e os embargos, bem como ao momento da sua propositura.

Nesse passo, quatro hipóteses podem ser inicialmente ventiladas: 1) a matéria veiculada na ação declaratória é idêntica à matéria dos embargos; 2) a matéria veiculada na ação declaratória é abrangida pela matéria veiculada nos embargos; 3) a matéria veiculada na ação declaratória abrange a matéria dos embargos; e, 4) a matéria veiculada na ação declaratória é absolutamente diversa da matéria dos embargos.

Na primeira situação estamos diante do fenômeno da litispendência entre as ações, que deve ser observado sob dois aspectos, levando-se em conta qual das duas

26 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972. p. 101.

27 LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. São Paulo: RT, 1982. p. 43-48.

28 OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994. p. 93-94.

ações foi proposta anteriormente. Se a ação declaratória for a anterior, não deve o juiz aplicar a regra da anterioridade para extinguir a segunda ação em face da existência de pressuposto processual negativo, nos termos do Art. 267, V, do CPC, mas sim observar a regra da especialidade relativa aos embargos. Se este é o meio natural de defesa do executado na execução e os outros são meios supletivos das falhas existentes no sistema, então, havendo o remédio processual específico, outro não deve ser utilizado, sob pena de se atuar contra o sistema jurídico. Logicamente, diante do princípio da instrumentalidade e diante da admissão da prova emprestada pelo sistema, nada impede que os atos processuais praticados durante a instrução da declaratória sejam aproveitados nos embargos. Se a ação declaratória é posterior aos embargos, todavia, então deve esta ser extinta, com fulcro no dispositivo acima mencionado, reconhecendo-se a existência do pressuposto processual negativo.

Na segunda hipótese, estamos diante do fenômeno conhecido por litispendência parcial ou continência. Aqui, por força do regime jurídico dado pelo CPC a continência, assimilando-a a conexão, deve ocorrer o julgamento conjunto dos embargos e da ação declaratória, independentemente do fato da ação que foi proposta anteriormente.

Já na terceira hipótese, onde a matéria veiculada na ação declaratória abrange a matéria conteúdo dos embargos, também se verifica a ocorrência de duas situações. Se a declaratória é proposta anteriormente aos embargos, então as causas devem ser reunidas e ter julgamento conjunto. Porém, se a declaratória é proposta após os embargos, surge questão de difícil solução, onde podemos aduzir duas soluções. A primeira permitindo que a ação declaratória siga como ação autônoma, independentemente da execução, já que não se pode impedir o exercício do direito de ação. Uma segunda solução, todavia, seria no sentido de extinguir a ação declaratória. Isso porque, permitir o prosseguimento desta ação seria permitir, em última análise, que o executado desrespeitasse o sistema de defesa na execução forçada.

Ora, se o executado deixa transcorrer *in albis* o prazo para oferecimento de embargos, a permissão para que discuta posteriormente, em ação declaratória, a não existência dá relação jurídica contida no título, seria, em última análise, aniquilar o prazo para a propositura de embargos, desvirtuando a finalidade do sistema legal. O único ônus que teria o executado ao praticar tal conduta seria o fato de que a execução não seria suspensa, por força do imperativo constante do art. 585, § 1º, do CPC; isso para aqueles que admitem que a estrutura “... não inibe o credor de promover-lhe a execução.” também implica em suspensão do andamento da execução e não apenas na vedação da não propositura de outras ações.

O mesmo se daria quando o executado ‘esquecer’ de alegar qualquer fato nos embargos. Poderia, então, propor ação declaratória veiculando a matéria que não constou dos embargos, em nítido desrespeito ao princípio eventualidade, que se estende aos embargos, em face do seu caráter de defesa, embora com natureza jurídica de ação.

Como já tivemos a oportunidade de salientar, infelizmente, *“decorrido in albis o prazo para o oferecimento de embargos, embora preclusa a faculdade de ofertá-los, não ficará o devedor impedido de propor a ação anulatória do título, já que nada obsta que proceda desta forma. Em que pese a sua inércia na ação de execução, não há impedimento legal para que ajuíze a anulatória, já que a preclusão não projeta seus efeitos para fora do processo e não se confunde com a prescrição da ação. ... Diante disso, não seria um despropósito sugerir, de lege ferenda, que fosse elaborado preceito com o fim de coibir a prática do procedimento acima anotado, pois um executado poderia dele se utilizar apenas com a finalidade de protelar o desfecho da execução.”*<sup>29</sup>

Na última hipótese, embora a matéria da ação declaratória seja diversa da matéria dos embargos, ambas se fundam, necessariamente, na mesma relação jurídica de direito material. Por isso existe relação de conexidade entre as causas, embora não a conexão vista sob o enfoque da teoria tradicional, na forma do Art. 103, do CPC. A reunião de ambas, destarte, para julgamento conjunto, é de rigor, quando a declaratória é proposta anteriormente. Se proposta depois, então aplica-se o mesmo que foi dito no que toca a infringência do princípio da eventualidade, mas não se pode impedir a propositura de ação declaratória autônoma.

O mesmo aconteceria, *mutatis mutandi*, quanto a impugnação ao cumprimento da sentença, respeitada a sua natureza de incidente processual.

Em resumo, pois, desde que observados os parâmetros acima delineados, nada impede a propositura de ação declaratória, mesmo concomitante aos embargos ou ao cumprimento da sentença, para discussão da relação jurídica contida no título. Esta, porém, não suspende o curso da execução ou do cumprimento, que seguem na forma definitiva.

#### 4.4.2. Mandado de segurança

Questão que gerou polêmica outrora, hoje não mais se discute se é viável a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. Tanto a doutrina, quanto a

29 OLIVEIRA NETO. *Conexão ...*, p. 94.

jurisprudência, estão pacificadas no sentido de que é cabível o *mandamus* para corrigir ilegalidade emanada de ato jurisdicional ou administrativo praticado pelo Juiz.

Nesse sentido, aliás, a esclarecedora lição de **Hely Lopes Meirelles**, que ensina: “Atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais - acórdão, sentença ou despacho - configuram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante, como também os atos administrativos praticados por magistrados no desempenho de funções de administração da justiça sujeitam-se à correção por via do *mandamus*.”.

De tal lição não difere o posicionamento de **Teresa Arruda Alvim**,<sup>30</sup> que diz: “O cabimento do mandado de segurança contra ato judicial justifica-se principalmente se se encara o Direito Positivo como um todo, que tem seu funcionamento regrado às vezes mais de perto, às vezes mais a distância, mas sempre, em última análise, pela supremacia do Direito Constitucional.”.<sup>31</sup>

Sabemos, outrossim, que a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional, embora pacífica, está condicionada a certos requisitos, que também já estão delimitados. Por isso o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 267, cujo teor é o seguinte: “*Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.*”. Após a edição da Súmula, entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal tem abrandado seu rigor decidindo que, embora cabível recurso sem efeito suspensivo, é viável a impetração do *mandamus* se a parte puder sofrer dano de difícil reparação.<sup>32</sup>

De qualquer modo, interpretando de forma contrária o teor da Súmula, podemos concluir que o mandado de segurança é cabível contra as decisões judiciais que não são impugnáveis mediante recurso ou correção, bem como das decisões que não admitem recurso com efeito suspensivo e podem causar dano de difícil reparação.

No que toca ao cabimento do mandado de segurança no processo de execução, **Araken de Assis**, após indicar decisão proferida pelo STJ, sustenta, referindo-se aos embargos, que “*trata-se de remédio processual específico de oposição à execução, consoante reza o art. 736, insubstituível por outro, como o mandado de segurança, esclareceu a 3ª Turma do STJ.*”.<sup>33</sup> Em outros termos, para o autor, o mandado de segurança não pode substituir os embargos, já que este é o meio natural de defesa do executado no processo de execução.

30 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1989. p. 62.

31 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1985. p. 09

32 RT 503/222, 521/270 e 592/257.

33 ASSIS, p. 928.

Embora seja questionável tal posição, já que existem aqueles que sustentam que o mandado de segurança seria cabível em quaisquer situações, não vemos óbice algum em elencar o mandado de segurança como medida apta a complementar os meios de defesa no devedor na execução, ao lado de todos os outros remédios acima citados. Negar a possibilidade de sua aplicação aprioristicamente, nos parece, seria ir contra a própria finalidade do *mandamus*, que visa, mediante tutela urgente de cognição exauriente, evitar dano decorrente de ato ilegal de autoridade. Em suma, pois, que não havendo outra forma de defesa para o executado, pode este se valer do mandado de segurança para atacar ato executivo ilegal que venha a ferir direito líquido e certo.

## CONCLUSÕES

01. Sob a égide do CPC de 1939, a execução contra o devedor solvente procedia-se de duas maneiras específicas, conforme a natureza do título. Tratando-se de sentença promovia-se a ação executória, com a defesa efetivada mediante a utilização de embargos. Tratando-se de uma das hipóteses previstas em lei, como no caso dos títulos extrajudiciais, promovia-se a ação executiva, com a defesa efetivada mediante contestação.
02. A única forma possível para o executado efetivar sua defesa, segundo a diretriz originais do CPC de 1973, deveria ser mediante a interposição de embargos, após a segurança do juízo.
03. Assim como aconteceu com todos os segmentos do processo civil, também a estrutura e a técnica do processo de execução passaram a ser revisitados, com a finalidade de que fosse dada aos seus institutos um perfil mais adequado a nova ideologia existente, fundada nos princípios do acesso à Justiça, efetividade e instrumentalidade.
04. Com a efetiva inclusão dos direitos fundamentais em nossa ordem constitucional, a Constituição de 1988, se comparada com as anteriores, acabou por importar para seu interior normas das diversas disciplinas jurídicas, inclusive aquelas atinentes ao direito processual civil (v.g., ampla defesa, contraditório, fundamentação das decisões judiciais); fazendo com que toda a legislação infraconstitucional deva ser analisada sob a ótica daquilo que se encontra disciplinado na lei de maior hierarquia.
05. Destarte, pois, sob esses novos prismas, relativos a reforma ideológica do processo civil e da constitucionalização de normas atinentes ao processo é

que os doutrinadores passaram a reconstruir o direito processual civil, o que deu ensejo a inúmeras reformas legislativas até hoje experimentadas.

06. A evolução do processo civil demonstrou que os embargos, como único meio de defesa em face do processo de execução, devido a sua cognição parcial, não é suficiente para atender ao Princípio da Ampla defesa, havendo necessidade de dotar o executado de outras vias aptas a efetivar sua pretensão.
07. Embora a Lei nº 11.232/05 tenha revogado as normas que disciplinavam os embargos à execução fundada em título judicial, substituindo tal forma de execução pelo cumprimento da sentença e a defesa prevista como normal a impugnação ao cumprimento da sentença, os embargos à execução por título extrajudicial, até que seja aprovado o projeto que dá novo perfil a este tipo de execução, continuam a ser a forma natural de defesa em face do processo de execução.
08. O meio usual para que o executado efetive sua defesa no cumprimento da sentença é um novo instituto denominado impugnação, previsto nos artigos 475-L e 475-M. Sua natureza jurídica é de incidente processual, sendo que seu recebimento não importa, em regra, na suspensão do curso do cumprimento da sentença.
09. O prazo para interposição e resposta da impugnação, nos termos do Art. 475-J, § 1º, é de quinze dias, seguindo-se o procedimento dos atuais embargos, que não se apresenta incompatível com o cumprimento da sentença, devendo o juiz decidir de plano ou, se houver necessidade de produção de provas, marcar audiência de instrução e julgamento.
10. O Art. 475-L, § 2º, do CPC trás para o cumprimento da sentença importante requisito, que consiste na necessidade do impugnante indicar, quando alegar excesso de execução, qual o valor que entende ser efetivamente devido. Tal providência, que já era prevista para o caso em que o réu, em contestação ofertada em ação de consignação em pagamento, alega que o depósito não é integral (Art. 896, parágrafo único), impede que o executado oferte impugnação de forma genérica, o que não é permitido em face do princípio do ônus da impugnação específica dos fatos; mas que não é situação incomum no dia a dia forense. Com isso, pois, a indicação do valor que o impugnante entende devido seria condição preparatória para que tal argumento pudesse ser utilizado, permitindo ao juiz, na sua ausência, rejeitar de plano a impugnação ofertada.

11. Efetivada a penhora poderá o juiz atribuir a impugnação efeito suspensivo do cumprimento da sentença, nos termos do Art. 475-M, do CPC, “... desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.” Neste caso inverte-se o ônus da prova, cabendo ao executado, para obter o efeito suspensivo, formular o pedido e provar a possibilidade do dano e a sua qualificação.
12. O incidente de pré-executividade, que tem por finalidade levar ao juiz conhecimento de matéria que, de plano, pode ser decidida, seja ela relativa a admissibilidade, seja ela relativa ao mérito da execução, continua a ter utilidade tanto na execução de título extrajudicial, quanto no cumprimento da sentença, seja antes da interposição de embargos ou de impugnação, seja após o oferecimento destes, aqui quando veicula matéria de ordem pública, que poderá ser alegada em qualquer momento e grau de jurisdição.
13. Embora o executado tenha como forma usual para defender seus direitos na execução os embargos ou o cumprimento da sentença, também pode lançar mão do incidente de pré-executividade em situações nas quais a cognição exauriente pode ser realizada de plano pelo juiz. Estas três vias, entretanto, não são as únicas formas de defesa em face do processo de execução, já que o executado também pode fazer uso de ação com eficácia declaratória com a finalidade de discutir a obrigação contida no título ou de mandado de segurança, quando houver manifesta ilegalidade no ato praticado.

## REFERÊNCIAS

- AMERICANO, Jorge. Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1941. 2º v..
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1989.
- ASSIS, Araken. Manual do processo de execução. São Paulo: RT.
- \_\_\_\_\_. Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 13.
- BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. Anexo introdutório à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Buenos Aires: EJEA, 1952. v. II.

CARVALHO SANTOS, J. M. Código de Processo Civil Interpretado. 6ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. v. IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. Execução civil. São Paulo: Malheiros.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação declaratória incidental. São Paulo: RT, 1972.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução Forçada. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. Execução indireta. São Paulo: RT, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947.

\_\_\_\_\_. Processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOBO DA COSTA, Moacir. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: RT, 1970.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Ação declaratória. São Paulo: RT, 1982. p. 43-48.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Embargos à execução. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1992.

MARTINS, Sandro Gilbert. A defesa do executado por meio de ações autônomas. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. Execução civil: princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto Gouveia. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10ª ed. São Paulo: RT, 1985.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A Nova Execução. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Conexão por prejudicialidade. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. Liquidação da sentença. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

\_\_\_\_\_. Breve notícia histórica sobre a execução, in *Genesis* nº 12.

\_\_\_\_\_. A defesa do executado e dos terceiros no processo de execução. São Paulo: RT, 2000.



\_\_\_\_\_. Novas perspectivas da execução civil, in *Execução no processo civil – Novidades e Tendências*. Coord. Sergio Shimura. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. A defesa dos terceiros na execução forçada, in *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil*. Coord. Fredie Didier Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. O reconhecimento judicial da fraude de execução. In *Execução Civil – Aspectos polêmicos*. Coord. João batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. O novo perfil da liquidação de sentença, in *Processo de execução civil – Modificações da Lei nº 11.232/05*. Coord. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PABST, Haroldo. *Natureza jurídica dos embargos do devedor*. São Paulo: RT, 1986. p.137.

PACHECO, José da Silva. *Tratado das execuções - Ações executivas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. v. III, Tomo 1º.

SOUZA, Orlando de. *Execuções de sentença*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense.

\_\_\_\_\_. *A execução da sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

\_\_\_\_\_. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática procesual civil*. São Paulo: RT, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. São Paulo: RT, 1999.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999.